Die Schadlosbürgschaft.

Auszug

aus der

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Rudolf Schaefer

aus Barmen.

Marburg

R. Friedrich's Universitäts-Buchdruckerei (Inhaber Karl Gleiser)

1921.

§ 1.

Einleitung.

§ 2.

I. Ihre Behandlung und Entwicklung im römischen Recht (fidejussio indemnitatis).

1. Die ältesten Formen des Bürgschaftsinstituts waren in Rom die sponsio und die fidepromissio, die jüngste Art war die fidejussio. Nach D. 46, 1 und Cod. VIII, 41 war die fidejussio ein Vertrag mit einem Gläubiger, durch den sich ein Dritter dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, für Erfüllung einer, diesem zustehenden Forderung aufzukommen. — Notwendige Voraussetzung ist eine gültige Prinzipalobligation (D. 46, 1 1. 16 pr.). — Das Erfordernis der Existenz einer Prinzipalobligation, für die der Bürge haftet, gibt der fidejussio ihr charakteristisches Merkmal, sie ist ihrer Natur nach akzessorisch. — Mit diesem Prinzip der Akzessorität steht nicht im Widerspruche die Zulässigkeit der Verbürgung für künftige oder bedingte Verbindlichkeiten (D. 46, 1, 6 § 2), auch eine obligatio naturalis kann man durch die fidejussio sicherstellen (D. 46, 1. 16 § 3). Der Fidejussor muß sich zur Leistung desselben Gegenstandes verpflichten, den der Schuldner schuldet. Die Eingehung der fidejussio auf etwas anderes „in aliam rem", oder unter lästigeren Bedingungen "in duriorem causam" ist nichtig (D. 46, 1, 42), auf weniger als die Hauptschuld kann allerdings die Bürgschaft gehen (D. 46, 1. 1. 8. § 7). Daß der Bürge in einem Korrealitätsverhältnis zum Hauptschuldner steht, kann nicht angenommen werden, die Korrealschuldner sind Hauptschuldner, die Bürgen bloße akzessorische Schuldner. — Nur die Akzessorität zeichnet ursprünglich die gewöhnliche fidejussio aus, von einer subsidiären Haftung ist im vorjustinianischen Recht noch keine Rede. Der Gläubiger kann entweder vom Schuldner oder sofort vom Bürgen fordern, aber durch Litiskontestation mit einem, ging der Anspruch gegen den anderen unter. — Um diesen Gefahren der Prozeßkonsumtion zu entgehen, bediente man sich der Mandatsbürgschaft und der fidejussio indemnitatis.

2. Die fidejussio indemnitatis:

a) Begriff und Wesen. Unter fidejussio indemnitatis ist derjenige Vertrag zu verstehen, durch welchen der Bürge nur bedingungsweise für den Teil der Forderung des Gläubigers eine Obligation eingeht, den der Gläubiger vom Hauptschuldner nicht erlangen kann.

Auch die fidejussio indemnitatis setzt demnach das Bestehen einer fremden Verbindlichkeit voraus, auch ihr ist die akzessorische Natur der gewöhnlichen fidejussio eigentümlich und aus ihrer Begriffsbestimmung folgt ihr durchaus subsidiärer Charakter. Zwei Digestenstellen — D. 46, 3. 1. 21 und D. 45, 1. 1. 116 — geben uns Aufschluß über das Wesen der fidejussio indemnitatis und zeigen uns, wie es möglich ist, daß trotz der immer noch zu Recht bestehenden Prozeßkonsumtion der Fidejussor indemnitatis durch Klage gegen den Hauptschuldner nicht befreit wird.

b) Durch die L. 28. Cod. de fidejussoribus, 8, 40 hob Justinian die konsumierende Wirkung der Litiskontestation bei der Bürgschaft auf. Jedoch büßte die Indemnitätsbürgschaft nichts von ihrer subsidiären Natur ein, der Gläubiger muß erst, bevor er den Fidejussor indemnitatis in Anspruch nehmen kann, den Hauptschuldner ausklagen, denn damit kommt erst die Verpflichtung des Schadlosbürgen zur Entstehung.

c) Haftung und Rechte des Fidejussor indemnitatis bestimmen sich in erster Linie nach dem Bürgschaftsvertrag, und es kommen, sobald die Bedingung für seine Haftung eintritt mangels besonderer Vereinbarungen die Bestimmungen über die gewöhnliche fidejussio zur Anwendung.

d) Das beneficium excussionis ist für die Beurteilung des Wesens der fidejussio indemnitatis von besonderer Bedeutung. Durch Aufhebung der Prozeßkonsumtion war die Lage des Fidejussor ungünstiger geworden, deshalb bestimmte Justinian durch die Nov. 4, Cap. 1: der Gläubiger soll immer erst den Hauptschuldner ausklagen, ehe er wirksam gegen den Fidejussor vorgehen kann. So wurde also auch der gewöhnlichen fidejussio die Subsidiarität verliehen. Und aus diesem Grunde behaupten viele, daß durch die Nov. 4 jede fidejussio zu einer Schadlosbürgschaft geworden sei. Allerdings hat sich durch Einführung des beneficium excussionis die fidejussio der Indemnitätsbürgschaft insoweit genähert, als sich auch bei ihr die Bürgschafts-Verbindlichkeit als eine subsidiäre charakterisiert, aber trotzdem sind immer noch zwischen beiden Rechtsinstituten erhebliche Unterschiede vorhanden. So kann z. B. der Fidejussor auf das beneficium excussionis verzichten, nicht jedoch der Fidejussor indemnitatis. Dies folgt aus der Tatsache, daß das Recht auf Vorausklage für den Fidejussor eine Rechtswohltat ist, auf die er sich einredeweise berufen kann, während bei dem Fidejussor indemnitatis die Vorausklage gegen den Hauptschuldner unbedingt notwendig ist, damit seine Verpflichtung zur Entstehung gelangt, bei der fidejussio indemnitatis gehört die Ausklagung des Hauptschuldners zur Klagebedingung, sie bildet die tatsächliche Grundlage des klägerischen Anspruchs.

II. Die dogmatische Behandlung der Schadlosbürgschaft nach dem bürgerlichen Recht.

1. Begriff und Erfordernisse.

Obwohl das BGB. die Schadlosbürgschaft keiner besonderen Regelung unterzogen hat, ist ihre Anwendung nicht ausgeschlossen. Infolge der dispositiven Natur der Vorschriften über die Bürgschaft können die Parteien die verschiedenartigsten Vereinbarungen treffen, insbesondere kann die Haftung des Bürgen erweitert oder beschränkt werden. Folglich ist es auch zulässig, eine Schadlosbürgschaft zu übernehmen, d. h. die Verpflichtung des Bürgen, von vornherein nur für den Ausfall einzustehen, den der Gläubiger beim Hauptschuldner erleiden wird.

In der Literatur gehen die Meinungen über die rechtliche Struktur der Schadlosbürgschaft auseinander, Cosack sieht sie als Garantievertrag an, dieser Ansicht darf jedoch m. E. nicht zugestimmt werden. Die Garantieverpflichtung ist selbständig, die Bürgschaftsverpflichtung hingegen akzessorisch. Infolgedessen ist auch nach dem bürgerlichen Recht die Schadlosbürgschaft den Regeln der Bürgschaft zu unterstellen, da bei ihr die Akzessorität der Bürgenverpflichtung zum Tatbestand gehört.

2. Entstehung und Umfang der Haftung des Schadlosbürgen.

Während der gewöhnliche Bürge sofort mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages neben den Hauptschuldner tritt, entsteht die Verpflichtung für den Schadlosbürgen erst mit Eintritt der Bedingung des Ausfalls, d. h. er will nur dann haften, wenn der Gläubiger durch kein Mittel vollständige Befriedigung vom Hauptschuldner erlangen kann. — Falls nun durch den Eintritt der Bedingung die Verpflichtung des Schadlosbürgen zur Entstehung gelangt, so fragt es sich, ob er als Haupt- oder Nebenschuldner neben den bisherigen Schuldner tritt. Man wird jedoch kein Gesamtschuldverhältnis annehmen können, denn dem Wesen des Gesamtschuldverhältnisses nach BGB. ist einerseits völlige Identität des Leistungsinhalts eigentümlich, andererseits würden seinem Zweck und Wesen Einreden widersprechen, die eine bestimmte Reihenfolge oder eine Teilung der Haftung herbeiführen. — Was den Umfang der Haftung des Schadlosbürgen anbetrifft, so werden die allgemeinen Bestimmungen maßgebend sein, soweit dies mit dem Wesen der Ausfallsbürgschaft vereinbar ist, was im Wege der Auslegung wird ermittelt werden müssen.

3. Einrede der Vorausklage.

Neben dem akzessorischen Charakter hat das Gesetz dem Bürgschaftsvertrag in der Regel einen subsidiären gegeben durch die

Einrede der Vorausklage (§ 771). Während bei der gewöhnlichen Bürgschaft die Geltendmachung dieser Rechtswohltat seitens des Beklagten als Einrede betrachtet wird, die also der Bürge vorbringen muß, wenn sie ihm Schutz gewähren soll, stellt sich bei der Schadlosbürgschaft das vom Hauptschuldner Nichtbekommenkönnen als eine vom Gläubiger zu beweisende Klagbedingung dar.

4. Durchführung der Vorausklage.

Für die Durchführung der Vorausklage sind bei der Schadlosbürgschaft in erster Linie die Parteivereinbarungen ausschlaggebend, die die Beschränkung der Haftung des Schadlosbürgen zum Ausdruck bringen. Aus dem Umstand, daß dem Schadlosbürgen die weitgehendste Beschränkung seiner Haftung und strengste Subsidiarität zugesichert ist, ist zu folgern, daß der Gläubiger mit allen Mitteln versucht haben muß, Befriedigung vom Hauptschuldner zu erlangen, bevor er sich bezüglich des Ausfalls an den Schadlosbürgen halten kann.

5. Ausschluß der Einrede der Vorausklage.

In einer Anzahl von Fällen bedarf es bei der gewöhnlichen Bürgschaft nicht des Nachweises der fruchtlosen Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners, da kraft Gesetzes die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist; (§ 773), dem Schadlosbürgen steht indessen auch in den Fällen des § 773 Ziffer 2—4 die Einrede der Vorausklage zu. Auch der Vollkaufmann, der sich nur für den Ausfall verbürgt, hat die Einrede infolge der Natur der Schadlosbürgschaft und ebenso steht sie dem Ausfallsbürgen in dem Falle des § 194 KO. zu, auch wenn er sich die Einrede der Vorausklage nicht ausdrücklich vorbehalten hat.

6. Verhältnis des Schadlosbürgen zum Hauptschuldner.

a) Regreßanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner richtet sich vorwiegend nach dem zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis, gewöhnlich Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag, und auf Grund positiver Bestimmung (§ 774) hat der Bürge noch einen weiteren Rückgriff gegen den Hauptschuldner erhalten. Mit Notwendigkeit sind diese Vorschriften auch auf den Schadlosbürgen anzuwenden, der ebensowenig, wie der gewöhnliche Bürge, einen Nachteil erleiden will.

b) Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft. In gewissen Fällen, wenn durch besondere Umstände der Regreßanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner erheblich gefährdet oder seine Haftung wesentlich erschwert wird, hat er einen Anspruch

auf Befreiung von der Bürgschaft. Das BGB. hat die Voraussetzungen dieser Ansprüche im § 775 genau bestimmt, und beim Vorliegen derselben wird auch dem Schadlosbürgen das Recht eingeräumt werden müssen, ihn von der übernommenen Verbindlichkeit zu befreien.

7. Beendigung der Schadlosbürgschaft.

Für die Beendigung der Schadlosbürgschaft gelten dieselben Erlöschungsgründe, wie bei der gewöhnlichen Bürgschaft, d. h. die Anwendbarkeit der §§ 776 und 777, alle Ereignisse, die die Hauptschuld zerstören, bringen in gleicher Weise die Verpflichtung des Schadlosbürgen zum Erlöschen.

§ 3.

Schlußbetrachtung.

Im modernen Verkehrsleben hat die Schadlosbürgschaft keine Bedeutung erlangt, weil der Gläubiger sich nie auf die Schwierigkeiten einlassen wird, die die Einziehung der Forderung vom Schadlosbürgen mit sich bringt.